



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
BACHARELADO

DANILO JESUS VIEIRA DA SILVA

**EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E MORTE NO TRÂNSITO: É POSSÍVEL EXTRAIR
A IMPUTAÇÃO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL DA CONDUTA DE QUEM,
DIRIGINDO SOB O EFEITO DO ÁLCOOL, CAUSA A MORTE DE OUTREM?**

Brasília
2013

Danilo Jesus Vieira da Silva

Embriaguez ao Volante e Morte no Trânsito: é possível extrair a imputação a título de dolo eventual da conduta de quem, dirigindo sob o efeito do álcool, causa a morte de outrem?

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Ivo Velloso Cordeiro

Brasília
2013

DANILO JESUS VIEIRA DA SILVA

Embriaguez ao Volante e Morte no Trânsito: é possível extrair a imputação a título de dolo eventual da conduta de quem, dirigindo sob o efeito do álcool, causa a morte de outrem?

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovada com conceito [].

Brasília-DF, 11 de dezembro de 2013.

Prof. Dr. Pedro Ivo Velloso Cordeiro
Professor Orientador

Prof. Marcelo Turbay Freiria
Membro da Banca Examinadora

Prof. Ticiano Figueiredo
Membro da Banca Examinadora

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos
Suplente

*À minha família, especialmente à minha
mãe, cujos ensinamentos são a base de
minha vida.*

RESUMO

O presente trabalho, ressalvada a razoável proporção de uma dissertação de monografia de conclusão de graduação, tem por escopo analisar a questão da imputação do homicídio provocado por condutor de veículo automotor que dirigia sob o efeito do álcool, fazendo um breve estudo sobre as considerações doutrinárias e jurisprudências acerca do tema, enfatizando importantes institutos do direito penal e tendo como marco teórico o finalismo, assim também os preceitos da moderna Teoria da Imputação Objetiva. Constatou-se, pois, que a imputação a título de dolo, na modalidade dolo eventual, face à embriaguez ao volante, somente seria possível em se tratando de embriaguez voluntária ou culposa incompleta somada à violação grave das normas de trânsito pelo condutor. Destarte, a imputação, nesses casos, exige um minucioso estudo da situação fática, sendo essencial o bom trabalho da perícia criminal na elucidação dos fatos e fornecimento de subsídios a melhor decisão judicial aplicável a cada caso.

Palavras-chave: imputação objetiva; finalismo; dolo eventual; culpa consciente; embriaguez completa; embriaguez incompleta; embriaguez voluntária; embriaguez involuntária; teoria da *actio libera in causa*; imputabilidade; culpabilidade.

ABSTRACT

The scope of this paper, without losing track of the limitations imposed by a monograph presented in order to obtain a bachelor's degree in law, is the analysis of the imputation of felony to a homicide committed by someone who is driving under the influence of alcohol – vehicular manslaughter. This paper brings brief theoretical/academic considerations, as well as case law, showcasing the most important concepts in criminal law regarding felony, homicide, and manslaughter. The theoretical benchmarks of this study are the standards set out by the modern Objective Imputation Theory. This study has shown that the imputation of felony, rather than midemeanor, to a in a vehicular manslaughter situation only occurs if the driver put himself in an inebriated state voluntarily, or if He/she was put in such a state without concurring to it in any manner and it also requires that the driver also infringes vehicle codes and regulations when conducting the automobile. Accordingly, the imputation of felony to the death of a human being caused by someone who is driving under an inebriated state can only be determined after a detailed analysis of the specific case, which demands attentive and precise work from the crime scene investigators, in order to provide the best and most accurate information to subsidize the most just possible outcome to the specific case.

Keywords: objective imputation; conscious manslaughter; vehicular manslaughter; complete inebriation; incomplete inebriation; *actio libera in causa* Theory; imputability; culpability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1	10
1. Teorias acerca da Conduta.....	10
1.1. Do Causalismo ao Finalismo	10
1.2. Relação de Causalidade e Teoria da Imputação Objetiva.....	13
1.2.1 Teoria da equivalência dos antecedentes causais.	13
1.2.2 Teoria da Imputação Objetiva.	15
CAPÍTULO 2	24
2. Os casos paradigmáticos, a jurisprudência e a doutrina quanto ao homicídio causado pelo motorista embriagado.	24
CAPÍTULO 3	42
3. É possível extrair a imputação a título de dolo eventual da conduta de quem, dirigindo sob o efeito do álcool, causa a morte de outrem?	43
CONCLUSÃO	48
Referências	51

INTRODUÇÃO

Diuturnamente aparece no noticiário algo sobre um fatal acidente de trânsito causado por motorista que dirigia sob o efeito do álcool. O sentimento de revolta toma conta da população. A mídia ataca ferozmente o condutor, invocando o velho argumento do Código Penal brando demais e clamando pela cabeça do [imprudente] autor do homicídio. O problema está na classificação do homicídio: doloso ou culposo?

A questão tem a ver com imputação. Pois bem, neste trabalho o objetivo será demonstrar que, com espreque nas concepções do Finalismo de Welzel e da moderna Teoria da Imputação Objetiva, é possível extrair a imputação a título doloso da conduta daquele que, dirigindo sob o efeito do álcool, causa a morte de outrem. Conforme se verá, ainda que admitida tal possibilidade, é necessário cautela e minucioso estudo do caso concreto para, a partir disso, aplicando os preceitos do Direito Penal, chegar a melhor decisão judicial possível.

O que se tem visto, mormente nas decisões dos Tribunais Superiores, é o argumento comum de que a imputação a título doloso, nos casos envolvendo embriaguez ao volante, é fruto de pressões midiáticas e populistas. Ao longo das páginas dessa dissertação de monografia buscar-se-á demonstrar que tal afirmação nem sempre procede. Algumas decisões judiciais, classificando como doloso, na modalidade dolo eventual, o homicídio perpetrado por condutor de veículo automotor embriagado, são respaldadas em esmerada análise das circunstâncias fáticas do crime e não simplesmente atendem ao clamor popular por justiça e vingança. Eis o porquê da relevância deste estudo.

O Direito Penal não é uma ciência exata. É, em verdade, a última *ratio*, pois que sua aplicação tem por escopo punir aquele que lesiona bens jurídicos tutelados pela norma penal. Assim, a invocação da coerção penal ao criminoso deve sempre ter por regra a observação de princípios constitucionais, como os da presunção de inocência e o da culpabilidade. Entretanto, tais princípios não podem servir de escudo à prática delitiva. Nenhum princípio, por mais elementar e indispensável que seja, é absoluto. O que se tem visto, mormente nos casos de embriaguez ao volante e morte, é a invocação de princípios sempre como impeditivos da atribuição da modalidade dolosa ao condutor embriagado. Buscar-se-á demonstrar que essa imputação dolosa, quando admitida, não esbarra em tais princípios, senão

com eles se compatibiliza. No entanto, se verá que somente é possível determinar se o condutor agiu com culpa ou dolo, quando da minuciosa análise da situação fática. Ora, essa análise detalhada do caso concreto não é outra coisa senão a materialização de princípios constitucionais penais, a exemplo do *nullum crimen sine culpa*.

Nesse diapasão, a distinção entre dolo eventual e culpa consciente terá relevância quando da análise da conduta do indivíduo que, dirigindo embriagado, provoca a morte de terceiro. Isso porque, conforme se verá mais adiante, é precisamente na adesão ao resultado que reside um dos problemas da imputação nos casos de embriaguez ao volante e morte no trânsito. As concepções de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli terão papel relevante na análise desta questão no presente trabalho.

Assim, a metodologia de pesquisa utilizada será a análise bibliográfica e da jurisprudência pátria quanto à imputação do homicídio praticado por condutor embriagado. Os capítulos, num total de três, serão então divididos de forma a primeiramente determinar o marco teórico: finalismo e teoria da imputação objetiva, com destaque à ideia de incremento do risco de Roxin. Após, serão apresentadas algumas ementas de julgados acerca do tema nos Tribunais de diversos estados brasileiros e, em seguida, o atual posicionamento do Colendo Supremo Tribunal Federal, fixado por ocasião do julgamento do HC 107.801, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia. Por fim, serão feitas considerações acerca da possibilidade aqui defendida de imputação dolosa nos casos de embriaguez ao volante e morte no trânsito.

CAPÍTULO 1.

1. Teorias acerca da Conduta

1.1. Do Causalismo ao Finalismo

Consoante o magistério de Zaffaroni e Pierangeli, o direito penal tem por função agregar um desvalor jurídico a certas condutas humanas, sem, contudo, criar um conceito de conduta. O Direito Penal, ao contrário, respeita a noção cotidiana e corrente que se tem desta. É dizer, não existe um conceito jurídico-penal de conduta, senão um conceito ôntico-ontológico. Assim, “a conduta que pode ser delito, não se distingue da conduta humana tal qual é na realidade”¹.

Ora, delito é, pois, a conduta humana a que o direito penal atribui um desvalor, proibindo-a. Destarte, a partir dessa noção de crime enquanto conduta comissiva ou omissiva, surgiram diversas teorias no escopo de explicar e definir quais comportamentos humanos – pois comportamento relevante para o direito penal não é outro senão o humano – tidos como conduta, poderiam ser definidos como crime. Dentre as correntes que se dedicaram e desenvolver a ideia de conduta, destacam-se o causalismo e o finalismo.

O causalismo surgiu, num primeiro momento, ancorado nas concepções do positivismo mecanicista desenvolvidas à época do período iluminista, mormente as premissas da física newtoniana. Assim, conduta humana não seria outra coisa senão uma sucessão de causas e efeitos dentro de um grande mecanismo que é o universo. Em última análise, era esta a base filosófica em que se apoiava a “estrutura clássica” construída por Von Liszt e Belling, o denominado sistema de Litszt-Belling².

Num segundo momento filosófico, apoiada nas concepções neokantistas, defendidas por nomes como Radbruch e Mezger, desenvolveu-se a “estrutura neoclássica” do delito. Esse sistema reconhecia que a conduta sempre teria uma finalidade, mas esta só seria tomada em consideração quando da análise da culpabilidade, entendida como a relação psicológica entre a conduta e o resultado. Substancialmente, a definição de conduta permanecia a mesma da teoria clássica, sendo um processo causal, um fazer voluntário, mas cuja vontade era despida

¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl – Manual de direito penal brasileiro, volume 1 : parte geral/Eugênio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierngeli. – 8 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2009.

² Idem.

de qualquer conteúdo. Em suma, os defensores da teoria neoclássica criaram um conceito jurídico-penal de conduta sem conteúdo, distinto, pois, do conceito ontológico, ou seja, da conduta humana tal qual se apresenta na realidade.

Destarte, para a teoria causalista da ação, a conduta seria tão somente um comportamento humano causal, é dizer, para se concluir pela existência de uma ação típica, não se deve perquirir o intento do sujeito ao praticar dada conduta, sendo esta simplesmente a exteriorização voluntária de um processo causal, ou seja, de um processo mecânico e muscular humano. A questão relativa à finalidade do agir – sentido lato – humano seria de todo irrelevante à existência do fato típico, devendo ser analisada quando do estudo da culpabilidade.

Consoante ensina Zaffaroni e Pierangeli:

Para o conceito positivista da teoria causal da ação, esta é uma “enervação muscular”, isto é, um movimento voluntário – não reflexo -, mas no qual é irrelevante ou prescindível o fim a que esta vontade se dirige. De acordo com este conceito, haveria uma “ação” homicida se um sujeito disparasse sobre outro com vontade de pressionar o gatilho, sem que fosse necessário levar em conta a finalidade a que se propunha ao fazê-lo, porque essa finalidade não pertencia à conduta. Dito em outros termos: ação era um movimento feito com vontade de mover-se, que causava um resultado. Segundo este mesmo conceito, a omissão era um “não fazer” caracterizado exteriormente pela “distensão muscular” e, interiormente, pela vontade de distender os músculos³.

Assim, nos termos da teoria causal da conduta, cujo expoente, no Brasil, foi Nelson Hungria, adotada também por outros renomados e importantes estudiosos do direito penal brasileiro durante a vigência do Código Penal de 1940, a conduta consiste num comportamento humano voluntário – mas uma vontade sem conteúdo - que acarreta alguma modificação no mundo exterior.

No fim da década de 1920, o conteúdo da vontade na realização de um ato, ou seja, o aspecto psicológico da conduta, o dolo e a culpa, foram incorporados ao tipo, transformando a culpabilidade, psicológica ou subjetivamente considerada, em pura. Antes disso, nos idos de 1910, já havia alguns esboços de uma culpabilidade normativa que, embora ainda abrigasse a relação psicológica, não era em si relação psicológica, mas essencialmente reprovabilidade.

³ Idem. P 365.

A partir da década de 1930, com o advento da Teoria Finalista, capitaneada por Hans Welzel, a conduta, enquanto comportamento humano voluntário, consistente numa ação ou omissão, passou a ser analisada do ponto de vista da finalidade. A conduta, diz Welzel, é o *exercício de uma atividade final*⁴.

Para os adeptos da teoria finalista, todo e qualquer agir humano tem uma finalidade. Não há conduta voltada para o nada, mas sempre para um fim, o qual, necessariamente deve ser avaliado para que se possa atribuir ao autor da conduta a prática de um fato típico (Mirabete, 2010)

No magistério de Juarez Cirino Dos Santos.

O ponto de partida do modelo final de ação é a distinção entre fato natural e ação humana: o fato natural é fenômeno determinado pela causalidade, um produto mecânico de relações causais e cegas; a ação humana é acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim. Na ação humana, a vontade é a energia produtora da ação, enquanto a consciência do fim é a sua direção inteligente: a finalidade dirige a causalidade para configurar o futuro conforme o plano do autor.⁵

Destarte, o finalismo teve o mérito de trazer para a estrutura do fato típico os elementos dolo e culpa, os quais, segundo a vertente causalista, deveriam ser analisados tão somente na culpabilidade.

Consoante Jakobs,

É mérito da teoria finalista da conduta ter superado, no conceito de conduta e, por conseguinte, no injusto, a dissociação entre aspecto objetivo e subjetivo do crime: o injusto transforma-se, de injusto naturalista, no chamado 'injusto pessoal'. Trata-se aqui de transpor dogmaticamente a reflexão de que um ato arbitrário constitui um fator causal, sem consideração de seu conteúdo, como qualquer outro também e, por isso, não contribui em nada para a determinação do que é antinormatividade. Não faz sentido endereçar normas e fatores causais, tampouco endereçá-las a pessoas quando estas, sem capacidade de influenciar o processo causal, são apenas membros no nexos causal natural. Portanto, a norma não pode referir-se unicamente a processo evitáveis: conduta é a causação de um resultado evitável para quem o causa.⁶

Assim, para os finalistas, todo comportamento humano voluntário é voltado para uma dada finalidade, só se podendo falar em ação típica, quando esta ação é praticada visando a

⁴ WELZEL, Hans. Derecho penal alemán.

⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, p. 15.

⁶ JAKOBS, Gunther: Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade; Del Rey 2009; p. 192

um fim criminoso/ilícito ou quando em seu agir, embora lícito, o sujeito deixa de observar um dever de cuidado a todos imposto.

Para Jakobs, Welzel “introduz, junto à forma de determinação da causalidade, a da ‘intencionalidade’”⁷. Assim, o sujeito direciona sua conduta à obtenção de um objetivo pré-estabelecido em pensamento.

Portanto, aquele que causa dano ao patrimônio alheio, por exemplo, quebrando a vidraça da casa de seu vizinho, só terá praticado um fato típico (dano), nos moldes da teoria finalista, se sua intenção fosse a de quebrar a vidraça ou se, na escolha dos meios e do modo de ação, prevendo o dano, assumisse o risco de produzi-lo.

Vê-se, pois, que, para os adeptos da corrente finalista, adotada pelo Código Penal Brasileiro a partir da reforma penal de 1984, cuja comissão responsável pela elaboração de um anteprojeto de lei de reforma da parte geral do Código Penal de 1940 foi presidida por Francisco de Assis Toledo, os elementos volitivos *dolo* e *culpa* foram transferidos para o estudo da tipicidade, de sorte que, ausente o dolo na conduta do agente (ou a culpa, nos casos em que se admite a modalidade delitiva culposa), não há se falar em ação típica.

1.2. Relação de Causalidade e Teoria da Imputação Objetiva

1.2.1 Teoria da equivalência dos antecedentes causais.

Nesse ponto, definidas as principais correntes doutrinárias que se firmaram no estudo da conduta criminosa, podemos partir à análise de outro importante elemento constitutivo do fato típico: o nexa ou relação de causalidade.

Consoante preleciona o art. 13, *caput*, do código penal, “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Da análise do artigo supramencionado, vê-se que, em matéria de relação de causalidade, o nosso Código Penal adotou a “Teoria da equivalência dos antecedentes

⁷ Idem.

causais” (ou da *conditio sine qua non*), segundo a qual, em suma, tudo aquilo que, concretamente, tenha contribuído para o resultado, é, pois, causa deste.

Para se determinar se dada conduta é ou não causa do evento, a doutrina recorre ao chamado método da *eliminação hipotética*, segundo o qual, dado fato será causa de um resultado qualquer se, suprimido mentalmente, este não teria ocorrido nas circunstâncias em que ocorreu.

Consoante aduz Rogério Greco,

Pela teoria da equivalência dos antecedentes causais, de Von Buri, adotada pelo nosso Código Penal, considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Isso significa que todos os fatos que antecedem o resultado se equivalem, desde que indispensáveis a sua ocorrência. Verifica-se, se o fato antecedente é causa do resultado por meio de uma eliminação hipotética. Se, suprimido mentalmente o fato, vier a ocorrer uma modificação no resultado, é sinal de que aquele é causa deste último.⁸

Ainda conforme Greco (2012), partindo do conceito de causa concebido pela teoria da *conditio sine qua non*, tem-se que, a partir do resultado, para que se chegue as suas efetivas causas, deve-se fazer uma regressão.

Ocorre que essa regressão poderia levar ao infinito, tendo em vista não existir, *a priori*, uma única causa para um dado evento, mas uma série de acontecimentos fáticos que, encadeados, desembocam num determinado resultado.

Assim, para evitar o chamado regresso ao infinito é que a responsabilização penal demanda a análise do dolo (ou culpa) que, nos termos da teoria finalista da ação, elaborada por Welzel, animam a conduta do agente.

Além de ser indispensável à ocorrência do resultado, para que um fato seja efetivamente causa deste resultado e disto emane a responsabilização do indivíduo é preciso que se ateste o elemento volitivo na sua conduta: dolo ou culpa. É o chamado filtro de causalidade psíquica.

No escopo não de substituir, mas de complementar a teoria da equivalência dos antecedentes causais, a teoria da imputação objetiva, utilizando-se de critérios normativos,

⁸ GRECO, Rogério. Curso de direito penal – parte geral, pag. 216

buscou delimitar parte da causalidade natural sem que se recorra à análise do dolo ou culpa. É o que veremos a seguir (Greco, 2012).

1.2.2 Teoria da Imputação Objetiva.

Segundo Greco (2012), a estrutura do tipo complexo, composto por duas partes, uma de natureza objetiva e outra subjetiva, e o princípio da culpabilidade, o qual determina que determinado fato, tido como típico, somente poderia ser imputado a quem o praticasse com dolo ou culpa, possibilitaram o afastamento, no direito penal, da responsabilidade de natureza objetiva e consagraram, pois, a responsabilidade subjetiva pelo fato praticado pelo agente.

Com o advento da teoria da imputação objetiva, continua Greco (2012), a questão de saber se o agente, no caso concreto, atuou com dolo ou culpa passa a ser secundária, devendo-se, antes disso, determinar se o resultado previsto na parte objetiva do tipo penal pode ou não ser imputado ao agente que praticou o fato.

Bacila (2009), citando o caso do sobrinho que manda o tio passear no bosque com a esperança de que este seja atingido mortalmente por um raio, explica que, segundo argumentava Welzel, a conduta do sobrinho era atípica por ausência de dolo, pois que dolo seria a vontade de realizar o tipo penal somada ao domínio do curso causal da ação.

Na década de 1960, Claus Roxin, com base nos estudos neokantianos de Richard Honing, desenvolveu a Teoria da Imputação Objetiva.

“[...] a atual Teoria da Imputação Objetiva teve um impulso elevado com um artigo publicado no ano de 1970, de autoria do Professor Claus Roxin denominado ‘Reflexões sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal’ [...]. Primeiramente, cabe a discussão do título do artigo. A palavra ‘imputação’ é a chave para a compreensão do título do texto e do próprio assunto da Teoria da Imputação ao Tipo Objetivo. Imputar é ‘...atribuir (a alguém) a responsabilidade de...’. Imputação é atribuição. Atribuição do que para quem? Atribuição de ação, de tipo objetivo, tipo subjetivo, ilicitude, culpabilidade, enfim, atribuição de crime a alguém. [...]”⁹

⁹ BACILA, Carlos Roberto. Teoria da imputação objetiva no direito penal, Juruá 2009, p.70.

Assim, Roxin, com espeque no *princípio do risco*, criou, para os crimes de resultado, uma teoria geral da imputação, estabelecendo quatro critérios que delimitam a imputação objetiva (Greco, 2012, p. 236).

a) A diminuição do risco.

Por esse critério, no exemplo de Roxin (1986), se A, percebendo que uma pedra é arremessada contra a cabeça de B e, no escopo de evitar uma lesão mais grave, já que não poderia evitar que a pedra atingisse B, empurra-o, fazendo com que este seja atingido numa parte menos perigosa de seu corpo, causando-lhe, pois uma lesão menor. Nesse sentido, a atuação de diminuiu o risco de lesão ou agressão ao bem jurídico tutelado, não podendo, portanto, ser tida como conduta típica.

Assim, para Roxin (1986) uma conduta que implique na diminuição do risco em relação ao bem jurídico protegido não pode ser imputada como ação típica, pois que a ação que “reduz a probabilidade de uma lesão não se pode conceber como orientada de acordo com a finalidade de lesão da integridade corporal”.¹⁰

b) Criação de um risco juridicamente relevante.

Nessa segunda vertente, o exemplo citado por Roxin (1986) é o do sobrinho que, almejando a morte do tio, para efeitos de herança, recomenda-lhe uma viagem de avião, vindo a aeronave a despenhar-se consoante o desejo do sobrinho. Seria também, o exemplo, já citado, do sobrinho que recomenda ao tio passear no bosque na esperança de que este seja atingido por um raio.

Como visto, Welzel, na esteira da Teoria finalista, resolveria o problema na análise da conduta e da finalidade, ou, dito de outra forma, do dolo. O direito penal não pune o desejo em si, pune condutas. O dolo, necessariamente, deve ser dirigido à ação, ou seja, à prática de uma conduta típica. O sobrinho que deseja a morte do tio, para ficar com a herança, mas não pratica nenhuma conduta típica, não age com dolo.

Pela teoria da imputação objetiva, entretanto, a ocorrência do resultado não poderia, jamais, ser imputada ao sobrinho, tendo em vista que, embora a queda da aeronave fosse o seu desejo, sua conduta anterior não criou um risco juridicamente relevante.

¹⁰ ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal, p.149.

Percebe-se, assim, nesse exemplo, que a ausência de dolo passa a ser, nos termos da Teoria da imputação objetiva, uma questão secundária. Não interessa perquirir a intenção do agente quando este, com sua conduta, não criou um risco juridicamente relevante ao bem jurídico protegido pela norma.

c) Aumento ou a falta de aumento do risco permitido.

O caso citado por Roxin (1986), no que tange a essa vertente, é o dos pelos de cabra, em que um fabricante exportou pelos de cabra para a confecção de pincéis e, mesmo sendo orientado pelo exportador a respeito da necessidade de desinfetar os pelos antes do uso, o fabricante assim não procedeu e colocou o material em contato com seus operários sem promover a devida assepsia deste, em total desacordo com as recomendações do exportador. Do contato com os pelos não esterilizados, sobreveio a morte de quatro trabalhadores que contraíram carbúnculo.

Nesse cenário, as mortes ocorridas deveriam ser imputadas ao fabricante, padrão dos operários, já que, ao não obedecer as regras e promover a correta desinfecção dos pelos, aumentou um risco para além dos limites aceitos pelo legislador, ou seja, um risco permitido.

Posteriormente, entretanto, restou comprovado que, a despeito da esterilização dos pelos conforme as indicações do exportador, os trabalhadores teriam, ainda assim, contraído a doença, pois os bacilos de carbúnculo já estavam imunes.

Logo, observa-se que, mesmo agindo consoante os cuidados exigidos, ou seja, mesmo que o fabricante tivesse observado seu dever de cuidado, isso não impediria a ocorrência do resultado, pois que não haveria um aumento do risco permitido.

Rogério Greco, citando Roxin, aduz que:

“[...] o aumento ou a falta de aumento de um risco permitido é a versão simplificada do princípio do incremento do risco desenvolvido pelo mestre alemão em 1962. Nos termos do preconizado princípio, se a conduta do agente não houver, de alguma forma, aumentado o risco de ocorrência do resultado, este não lhe poderá ser imputado”.¹¹

Assim, em suma, o incremento, pelo agente, de um risco permitido autorizará a este a imputação ao tipo objetivo do resultado que vier a ocorrer em virtude dessa ação que elevou, para além dos limites traçados pelo legislador, o risco da ocorrência de um resultado danoso.

¹¹ GRECO, Rogério. Curso de direito penal – parte geral, p.237.

d) A esfera de proteção da norma como critério de imputação.

Segundo esse critério, um dado resultado não poderia ser imputado ao agente se este mesmo resultado estiver fora do âmbito de proteção da norma.

Roxin (1986) dá como exemplo o caso do indivíduo que, de forma negligente, atropela outrem, causando-lhe a morte. A mãe da vítima, ao saber de tal infortúnio, desespera-se, sofre um ataque nervoso e morre. A pergunta que subsiste é, pois, se é possível imputar ao agente a morte da mãe da vítima do acidente?

Coforme Bacila (2009), a ação imprudente do agente foi *conditio sine qua non* da morte da mãe da vítima. Entretanto, embora a ação negligente do autor (atropelar outrem) incremente o risco da ocorrência do resultado lesivo, no caso, a morte da mãe da vítima, tal resultado não está na esfera de proteção da norma e, por isso, o tipo objetivo de homicídio culposo da morte daquela mãe não pode ser imputado ao agente.

Jakobs (2009) desenvolve outros critérios para a imputação objetiva. Para o autor, as normas de direito penal regulam o comportamento humano para possibilitar a vida em sociedade. Para Jakobs, o homem é um ser social.¹²

Enquanto ser social que é, o homem exerce determinados papéis na sociedade. É, pois, com base nessa ideia *papéis sociais* que Jakobs desenvolve as quatro vertentes da teoria da imputação objetiva.

a) Risco permitido.

Pela teoria do risco permitido, ensina Bacila (2009), “Günther Jakobs desenvolve a ideia de que viver é correr riscos, para então concluir que somente os riscos que não estão inseridos na categoria social da pessoa, no rol, no seu modelo ou *standard* de sua atividade são os riscos proibidos”¹³.

Assim é que, por essa vertente, aqueles riscos inerentes ao desenvolvimento da dinâmica social são riscos que devem ser tolerados, pois que uma sociedade sem riscos é, praticamente, inviável.

Logo, aquele que, atuando dentro das balizas de um risco permitido, e, segundo Jakobs, tais balizas devem ser aferidas no caso concreto, pois que a cada um é atribuído um papel social distinto, cause algum resultado lesivo a bens jurídicos de outrem, não pratica

¹² Idem, p. 238

¹³ BACILA, Carlos Roberto. Teoria da imputação objetiva no direito penal, Juruá 2009, p.139.

ação típica. É dizer, a conduta socialmente aceita, ou seja, o agir dentro de um risco permitido, não pode ser uma conduta típica.

b) Princípio da confiança

Consoante Damásio (2000), na esteira do Princípio da Confiança, “parte-se da regra de que todas as pessoas são responsáveis e agem de acordo com as normas da sociedade, no sentido de evitar dano a terceiros”¹⁴

Destarte, o convívio em sociedade demanda uma certa dose de confiança no próximo, é dizer, a crença de que as demais pessoas irão observar as regras impostas à vida em sociedade. Assim, aquele que age conforme o direito e, confiando que terceiro também o fará, quando, em verdade, não o faz, causa resultado lesivo a bem jurídico alheio, não pratica fato típico.

É o caso do médico que realiza uma cirurgia complexa em um paciente, o qual, algum tempo após a intervenção cirúrgica, vem a óbito por conta de uma infecção no local do corte. Tempo depois, descoberto que a infecção no paciente foi causada pela má esterilização do bisturi, não deve o médico ser acusado de crime algum, justamente porque a esterilização do material cirúrgico era responsabilidade de seus auxiliares, dever de cuidado esse cujo descumprimento não pode ser atribuído ao cirurgião.

Logo, vê-se que o princípio da confiança tem especial aplicação nos casos envolvendo acidentes de trânsito, equipes profissionais e na realização de conduta dolosa ou culposa por parte de terceiro.¹⁵

c) Proibição de regresso.

Para Greco (2012) nessa vertente resta ainda mais evidente o valor que Jakobs dá aos já citados *papeis sociais* exercidos pelas pessoas.

Segundo Jakobs (2009) não pode haver responsabilidade por crime comissivo quando uma dada conduta causa um resultado danoso típico somente porque um terceiro desvia as consequências daquela conduta. O autor nos traz o seguinte exemplo.

O devedor salda uma dívida; como já era de conhecimento do devedor, o credor compra, com esse dinheiro, uma arma com a qual

¹⁴ JESUS, Damásio E. de. Imputação Objetiva – São Paulo : Saraiva, 2000.

¹⁵ Idem.

atira em uma pessoa, como o devedor, da mesma forma, podia prever; não há auxílio ao homicídio por parte do devedor. Trata-se do âmbito da proibição de regresso, que é exposto em relação à teoria da autoria e da participação; a limitação da responsabilidade também diz respeito, porém, aos fatos culposos (nos quais o Direito vigente não estabelece diferença segundo as formas de participação). Exemplo: no caso supracitado, faltando o dolo, mas não a previsibilidade do processo, o devedor que paga a dívida também não responde (por homicídio culposo, art. 222 do Código Penal). A realização do tipo é definida aqui como consequência da arbitrariedade daquele que realiza o desvio, distanciando-se, dessa forma, do agente anterior.¹⁶

O que se vê é que, aquele que age no cumprimento de seu dever, entenda-se, de seu *papel social*, e, nessa qualidade, contribui para o sucesso de uma infração levada a efeito por um terceiro agente, não pratica fato típico.

Aqui há um importante ponto de divergência em relação à teoria da causalidade adequada, ou da *conditio sine qua non*. Segundo essa última, a conduta daquele devedor, no exemplo de Jakobs, só não seria punível caso fosse comprovada a ausência de elemento subjetivo, encerrando-se, nele, a cadeia causal. No entanto, segundo a ideia de proibição de regresso de Jakobs, mesmo sabendo da finalidade ilícita do agente ao utilizar o dinheiro da dívida para comprar uma arma e, com ela, matar outrem, o devedor não poderia responder pela infração, pois que pagar uma dívida, seja qual for a destinação do dinheiro pelo credor, é papel do devedor.

d) Competência e Capacidade da vítima.

Nessa vertente, duas são as situações analisadas por Jakobs.

A primeira diz respeito ao consentimento do ofendido que, em face da doutrina tradicional pode funcionar como causa excludente da tipicidade ou como causa supralegal de exclusão da ilicitude da conduta.

Nos casos de exclusão da tipicidade, o dissentimento da vítima é elementar do tipo, de sorte que o consentimento desta irá excluir a própria tipicidade da conduta. Já naqueles casos em que o dissentimento do ofendido não figura como elementar do tipo, o consenso, desde que, no caso concreto, possa o ofendido consentir e seja disponível o bem jurídico tutelado, excluirá a antijuridicidade da conduta.

¹⁶ JAKOBS, Gunther: Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade; Del Rey 2009; p. 309

Consoante salienta Damasio em seu estudo sobre a imputação objetiva, a doutrina, na esteira da imputação objetiva, tem dado maior relevância à contribuição do ofendido no âmbito da tipicidade, enquanto excludente desta, que no âmbito da ilicitude.

Para Jakobs (2009), a decisão sobre os efeitos justificantes ou excludentes da tipicidade atribuídos a um consentimento pode variar conforme o contexto.

O âmbito do consentimento excludente da tipicidade é mais amplo no caso de um consentimento quanto ao risco do que no caso de certeza de que a consequência lesiva produzir-se-á, uma vez que, no âmbito dos riscos permitidos assemelhados aos riscos vitais gerais, também se empregam, para quaisquer fins, bens que, ademais, não constituem meios de desenvolvimento. Aqui, a exclusão da tipicidade em virtude do risco permitido e o consentimento são congruentes. Exemplos são a participação em modalidades desportivas moderadamente arriscadas, como o hipismo ou o esqui, quando a lesão de um participante é causada por um outro.¹⁷

Além dos casos de consentimento, Jakobs trata sobre aqueles em que a vítima participa do fato delituoso, nas palavras do autor, casos em que o ofendido atua a seu *próprio risco*.

Segundo Jakobs, a atuação a próprio risco “consiste na participação, com efeito excludente da tipicidade, em um comportamento lesivo que uma outra pessoa realiza e que, portanto, para essa outra pessoa, constitui lesão de *outrem*”.¹⁸

Assim, nessas hipóteses de atuação a próprio risco da vítima, segundo as circunstâncias do caso concreto, não se pode ao terceiro atribuir o resultado danoso. São os casos em que a vítima, sabedora dos riscos comuns a uma dada atividade, como a participação em uma escalada, ainda assim se propõe a praticá-la. Ante a superveniência de um resultado danoso, como a queda de um penhasco e a consequente lesão a uma perna, este não poderá ser atribuído ao instrutor.

Dentro desta atuação a próprio risco, destacam-se, ainda, os casos que a doutrina costuma chamar de heterocolocação em perigo, situações nas quais a vítima consente ou pede que terceiro pratique uma conduta arriscada, na crença de que não sobrevirá resultado danoso.

¹⁷ JAKOBS, Gunther: Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade; Del Rey 2009; p. 351.

¹⁸ Idem, p. 366.

É o caso, citado por Roxin (1997), do passageiro que, na saída de uma festa, solicita a condutor, visivelmente embriagado, que lhe dê carona, de automóvel, até sua residência. Sobrevém acidente e o passageiro morre.

A questão que subsiste, diante do caso acima, é se, por ter a vítima, por sua própria vontade, se colocado na situação de risco, a responsabilidade do condutor restaria afastada.

Para Damásio, “(...) dirigir veículo de forma normal contém um risco tolerado; em excesso de velocidade ou estado de embriaguez, um perigo proibido”.¹⁹ Assim, haveria imputação objetiva do resultado, respondendo o condutor pela morte da vítima.

Para alguns teóricos, como Roxin (1997), no caso retratado, não haverá a imputação objetiva do resultado ao condutor, posto ter a vítima atuado em seu próprio risco.

Ressalta Jakobs (2009) que a lesão a um bem jurídico indisponível não perde a qualidade de injusto, seja nos casos de consentimento, seja nos casos de atuação a risco próprio.

Entretanto, “quando o titular expõe seu bem ao comportamento danoso de outrem mantendo, ele mesmo, o domínio da decisão sobre o processo conducente ao resultado ou, então, decidindo *ex aequo* com o outro”²⁰, não há se falar em injusto penal.

A depender do grau de domínio que o titular do bem, por ele mesmo, exposto ao comportamento danoso tem sobre o processo causal do resultado, falar-se-á, inclusive, numa “autolesão atípica”.²¹

Vê-se, portanto, que a teoria da imputação objetiva procurou delimitar a causalidade natural, outorgando-lhe um conteúdo normativo-jurídico anterior à análise do tipo subjetivo, ou seja, dos elementos volitivos dolo e culpa.

Na esteira da embriaguez ao volante, as considerações de Roxin e Jakobs são de suma importância, mormente a ideia do incremento do risco desenvolvida por Claus Roxin. Esse teórico defendia que algumas atividades eram arriscadas por sua própria natureza. Dirigir um veículo é, em si, uma atividade arriscada, posto a alta probabilidade de ocorrência de acidentes e, por consequência, de lesões a bens jurídicos tutelados pela norma. Ocorre que se o Direito Penal fosse punir tais lesões, a conduta de dirigir veículo automotor seria proibida, o

¹⁹ JESUS, Damásio E. de. Imputação Objetiva – São Paulo : Saraiva, 2000, p. 60.

²⁰ JAKOBS, Gunther: Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade; Del Rey 2009; p. 366.

²¹ Idem, ibidem.

que, certamente, é algo absurdo, dada a necessidade e utilidade do automóvel. As pessoas, então, são obrigadas a tolerar esse risco advindo do uso de veículos automotores em prol de uma comodidade da locomoção. Entretanto, consoante afirma Roxin, as pessoas não são obrigadas a tolerar o a exacerbação desse risco. Assim, a ideia do incremento do risco justifica a punição do motorista que dirige embriagado. Esse motorista incrementa o risco da ocorrência de um acidente de trânsito. Se este sobrevier, este motorista deverá responder por crime, justamente porque praticou um fato típico, lesando bens jurídicos alheios por meio de uma conduta não permitida pela norma: dirigir sob o efeito do álcool.

Portanto, com base na ideia de incremento do risco de Roxin, trabalharemos a questão da imputação subjetiva da conduta do motorista que dirige embriagado e provoca a morte de outra pessoa.

CAPÍTULO 2.

2. A jurisprudência e a doutrina quanto ao homicídio causado pelo motorista embriagado.

No capítulo anterior buscou-se delimitar o conceito de crime segundo as principais teorias da ação, cuja ênfase sempre foi o elemento conduta e suas nuances. Passamos agora à discussão a respeito da tipificação da conduta daquele que, dirigindo embriagado, causa a morte de outrem.

Para isso, faremos, primeiramente, um breve esboço da jurisprudência pátria acerca da imputação da conduta do motorista que, dirigindo seu veículo sob o efeito do álcool, causa a morte de terceiro. Com isso, ver-se-á a riqueza de teses e proposições elaboradas acerca do tema no âmbito dos Tribunais pátrios.

Em seguida, a título de exemplo, será feita uma breve exposição do caso que foi objeto do HC 107.801, de relatoria da i. Ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal (STF).

Este caso, o qual deu origem ao atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 107.801, relatora a Ministra Carmen Lúcia, é o do condutor Lucas Almeida Menossi. O referido réu foi denunciado por homicídio doloso porque, conduzindo automóvel em estado de embriaguez alcoólica, e atropelou e matou a vítima. Tal caso tem importância ímpar no estudo da questão da imputação da conduta do motorista que dirigindo embriagado mata outra pessoa. Da análise da conduta de Lucas Almeida Menossi, o Supremo Tribunal Federal, em voto vista do i. Ministro Luiz Fux, defendeu a imputação a título culposos nos casos de embriaguez ao volante e morte. Ver-se-á adiante que a imputação a título doloso, a nosso entender, é possível, desde que as circunstâncias fáticas do caso analisado apontem para tanto.

A sabedoria popular é uníssona em dizer que o carro, quando utilizado de forma inadequada, é uma verdadeira arma. Tal proposição tem espeque principalmente nos inúmeros acidentes fatais envolvendo veículos automotores ocorridos no bojo das estradas brasileiras. Consoante levantamento feito pelo Instituto Averte Brasil, com dados do Datasus – Departamento de Informática do SUS, em cada grupo de 100.000 habitantes, 22,6 pessoas

morreram em consequência do trânsito no ano de 2011.²² Dados divulgados pela seguradora Líder-DPVAT apontam que no ano de 2012 ocorreram cerca de 42 mil mortes no trânsito.

Estudo recente do Ministério da Saúde aponta que uma em cada cinco vítimas de acidentes de trânsito atendidas nos prontos-socorros brasileiros ingeriu bebidas alcoólicas. Segundo o estudo, as principais vítimas são homens com idade entre 20 e 39 anos.²³ Os dados integram o VIVA (Vigilância de violências e acidentes), estudo realizado pela Secretaria de Vigilância em Saúde em 71 hospitais que realizam atendimentos de urgência e emergência pelo SUS. Segundo o levantamento, entre as pessoas envolvidas em acidentes de trânsito, 22,3% dos condutores, 21,4% dos pedestres e 17,7% dos passageiros apresentavam sinais de embriaguez ou admitiram a ingestão de álcool.²⁴

Famílias inteiras são dizimadas por acidentes brutais de trânsito, cenas de terror ocorrem nas estradas brasileiras, pessoas são acometidas por traumas os mais diversos, enfim, perdas irreparáveis são causadas ou por uma triste e insuperável fatalidade ou fruto de crime de homicídio [de trânsito?].

A questão que aqui se coloca, em especial nos homicídios causados por motoristas que dirigem embriagados, é a relativa à imputação ao agente. Diante da conduta de quem, dirigindo sob o efeito de álcool, causa a morte de outrem, é preciso definir, primeiro, se essa conduta é crime, ou seja, se trata de um homicídio, para, logo em seguida, desvendar se a imputação se dará a título de dolo ou de culpa.

Como ficou assente, nos termos da teoria finalista, uma conduta é tida como típica quando é voltada para um fim criminoso. Há crime, portanto, quando o agente dirige sua ação para a prática de um fato típico ou quando, por inobservância de um dever de cuidado, esse mesmo agente causa lesão a um bem jurídico tutelado pela norma penal.

O grande problema é que, diante de um evento danoso [morte] causado no bojo de um acidente de trânsito – um atropelamento de um transeunte, uma batida entre carros, enfim, ante um evento envolvendo de um lado um condutor a bordo de seu veículo e, de outro, uma vítima fatal da conduta daquele, naquela qualidade, a distinção entre a existência de um fato

²² Disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/3284/162/jovens-respondem-por-metade-das-mortes-provocadas-pelo-transito.html>

²³ Disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/9425/162/alcool-esta-relacionado-a-21-dos-acidentes-no-transito.html>

²⁴ Idem.

típico “matar alguém”, art. 121 do Código Penal, e a de um evento morte sem relevância para o Direito Penal é tênue e depende muito das circunstâncias do caso concreto.

No caso da morte de outrem causada por condutor de veículo automotor que dirigia sob o efeito de álcool, inexistindo excludentes, *a priori*, o que se tem é crime, justamente porque a ingestão de bebida alcoólica e a subsequente assunção de direção de veículo automotor permitem concluir, no mínimo, ter agido o motorista com inobservância de um seu dever de cuidado, é dizer, com culpa.

Nos tribunais estaduais, tem-se decidido das mais variadas formas, uns entendendo ser presumível a assunção do risco e por consequência o dolo ante a comprovação da embriaguez do condutor, outros rechaçando tal presunção, atribuindo a modalidade culposa àqueles que, embriagados, causam mortes no trânsito.

O Tribunal de Justiça de Sergipe – TJSE, por exemplo, tem afirmado a impossibilidade de reconhecimento do dolo eventual nos casos de embriaguez do condutor em homicídio de trânsito justamente porque este poderia ser igualmente vítima fatal do evento a que deu causa.

HOMICÍDIO - CRIME DE TRÂNSITO - EMBRIAGUEZ - DOLO EVENTUAL - AFERIÇÃO AUTOMÁTICA - IMPOSSIBILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO - RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA .

1. Em delito de trânsito, ou se demonstra o dolo direto, ou se reduz em demasia a possibilidade do dolo eventual ante a perspectiva de que o próprio agente ativo da relação penal substantiva poderia ser, também, vítima fatal do evento a que deu causa.

2. A embriaguez não autoriza a presunção de dolo eventual, o que importaria em odiosa conclusão automática da existência de um elemento subjetivo do tipo, indemonstrado.

3. Recurso provido para desclassificar o delito para homicídio culposo.

4. Decisão por maioria.

(TJ-SE - RESENSES: 2010302076 SE , Relator: DES. EDSON ULISSES DE MELO, Data de Julgamento: 02/08/2010, CÂMARA CRIMINAL)²⁵

²⁵ Acessado em 14.10.2013, Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=hom%C3%ADcio+de+transito+e+dolo+eventual&p=5>,

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR já decidiu ser tênue a linha de fronteira que distingue o dolo eventual da culpa consciente e, na dúvida quanto à existência ou não do elemento subjetivo dolo, ainda que na modalidade dolo eventual, essa incerteza deveria ser resolvida em prol da sociedade, nos termos do brocardo *in dubio pro societate*, culminando na consequente pronúncia do réu.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DELITO DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO SIMPLES. LESÕES CORPORAIS DOLOSAS. PLEITO DE DESPRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA DE AUTORIA E MATERIALIDADE. TENUIDADE ENTRE A CULPA CONSCIENTE E O DOLO EVENTUAL. IN DUBIO PRO SOCIETATE. EVENTUAL DÚVIDA A SER DIRIMIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI, JUIZ NATURAL DA CAUSA. DIREITO DE RESPONDER O PROCESSO EM LIBERDADE. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, E NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

1. Para a pronúncia basta que existam o crime e indícios à autoria do delito recaindo sobre o réu, não exigindo prova certa e absoluta, ante a aplicação do princípio "in dubio pro societate". Da análise dos autos não se verifica - de modo indubitável a prevalência da culpa consciente em relação ao dolo eventual. A aludida matéria, pertinente ao elemento subjetivo da ação (dolo e culpa) deve ser reservada para apreciação do Tribunal do Júri.

(TJ-PR - RECSENSES: 7346112 PR 0734611-2, Relator: Naor R. de Macedo Neto, Data de Julgamento: 30/06/2011, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 683)²⁶

Em julgamento de recurso em sentido estrito, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC manteve sentença de pronúncia por entender que a embriaguez somada a excessiva velocidade empreendida em via pública movimentada denotariam a assunção do risco da produção do resultado pelo acusado, logo admissível a imputação a título doloso na modalidade dolo eventual.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. DOLO EVENTUAL. HOMICÍDIO SIMPLES. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. TESTEMUNHA ARROLADA A DESTEMPO. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A TIPIFICAÇÃO CONTIDA NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. MATERIALIDADE INCONTROVERSA E INDÍCIOS DE AUTORIA EXISTENTES. ELEMENTOS INDICIÁRIOS SUFICIENTES DE QUE O CONDUTOR DO VEÍCULO AUTOMOTOR TENHA ASSUMIDO O RISCO DE PRODUZIR O RESULTADO MORTE. VELOCIDADE EXCESSIVA EM VIA MOVIMENTADA E COMPROVADA EMBRIAGUEZ. SENTENÇA MANTIDA. Não há dúvida: "[...] sendo os crimes de trânsito em regra culposos, impõe-se a

²⁶ Idem

indicação de elementos concretos dos autos que indiquem o oposto, demonstrando que o agente tenha assumido o risco do advento do dano, em flagrante indiferença ao bem jurídico tutelado" (STJ, HC n.º 58.826/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8.9.2009). Logo, no contexto, empreendendo o condutor velocidade excessiva, em rodovia curvilínea, aliado à comprovada embriaguez, parece adequada, num primeiro momento, a acusação formulada pelo crime contra a vida, na modalidade dolosa (dolo eventual) ou seja, a mistura do álcool com a velocidade revela que o apelante assumiu o risco de produzir o resultado.

(TJ-SC - RC: 20130104607 SC 2013.010460-7 (Acórdão), Relator: Ricardo Roesler, Data de Julgamento: 29/07/2013, Segunda Câmara Criminal Julgado)²⁷

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, na mesma linha, manifestou entendimento no sentido de que a embriaguez somada a outros elementos como o excesso de velocidade, o desrespeito a normas de trânsito e a inabilitação do condutor para dirigir são suficientes a caracterizar o dolo eventual porquanto denotam a assunção, por este, do risco de produzir o resultado lesivo.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO NO TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. - O dolo eventual caracteriza-se pela vontade do agente de realizar a conduta, pela consciência da conduta e do nexos causal. O agente não quer diretamente o resultado, mas aceita a possibilidade de produzi-lo ou não se importa em produzir este ou aquele resultado. O fato de não ter habilitação, estar sob efeito de álcool, dirigir em alta velocidade e na contramão de direção indicam que o agente assumiu o risco de produzir o resultado morte.

(TJ-MG 101340911179910011 MG 1.0134.09.111799-1/001(1), Relator: DOORGAL ANDRADA, Data de Julgamento: 03/02/2010, Data de Publicação: 22/02/2010)²⁸

No Distrito Federal, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF já se pronunciou no sentido de ser possível extrair a imputação a título doloso, na modalidade dolo eventual, da conduta do motorista que, sob o efeito de álcool, acarreta a morte de outrem, mormente quando dirige na contramão e acima da velocidade permitida para a via.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DESCLASSIFICAÇÃO. DOLO EVENTUAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

²⁷ Idem

²⁸ Idem

1. Havendo indícios de que o réu trafegava na contramão da via, após a ingestão de bebida alcoólica, e, ainda, havendo prova de que a estava dirigindo acima da velocidade permitida para a via, inviável a desclassificação do delito doloso contra a vida para outro diverso da competência do tribunal do júri, em razão da presença de indícios de que assumiu o risco de produzir o resultado morte pelas circunstâncias citadas, o que, a princípio, caracterizaria, o dolo eventual.

2. Recurso desprovido.

(TJ-DF - RSE: 27171220118070007 DF 0002717-12.2011.807.0007, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 14/04/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 29/04/2011, DJ-e Pág. 183)²⁹

Vê-se, portanto, que a questão tem tido contornos os mais diversos no âmbito dos Tribunais de Justiça estaduais, uns afirmando ser impossível a imputação a título doloso, outros assumindo ser essa uma das soluções possíveis nesses casos.

Em matéria publicada no dia 21 de setembro de 2011, cuja manchete foi “Para ministro do STF, embriaguez não agrava crime no trânsito”³⁰ a revista Veja trouxe alguns emblemáticos exemplos de casos em que a morte da vítima sobreveio - em tese - da ação de um condutor embriagado no trânsito e questionou acerca da imputação a título de dolo nestes casos, expondo as opiniões diametralmente opostas de dois renomados doutrinadores brasileiros: Luiz Flávio Gomes e Damásio Evangelista de Jesus.

A matéria trata justamente de casos paradigmáticos no estudo da tipificação da conduta do motorista embriagado que causa a morte de terceiro. É importante notar a forma como a imprensa tem tratado a questão e a influência que isso exerce na convicção íntima de advogados, promotores e juízes. De modo geral, a imprensa é implacável com o condutor que provoca um acidente de trânsito, ou por excesso de velocidade, ou por dirigir sob o efeito do álcool ou por alguma imprudência. Essa forma, digamos, exagerada de tratar os casos e a forte exposição do condutor que causou um acidente, somada à ânsia popular por vingança, para muitos, inclusive para alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, induzem alguns juízes e promotores a atribuir a imputação a título doloso nos casos de embriaguez ao volante e morte.

Por ser importante à compreensão desses aspectos, trouxemos, a seguir, um trecho da mencionada reportagem da Revista Veja.

²⁹ Acessado em 14.10.2013. Disponível em <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>

³⁰ In: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/para-ministro-do-stf-embriaguez-nao-agrava-crime-no-transito>; acessado no dia 08 de outubro de 2013.

Em outubro de 2007, Paulo César Timponi, 49 anos, ex-professor de Educação Física, dirigia seu Volkswagen Golf a 130 quilômetros por hora na ponte JK, em Brasília, quando chocou-se contra um Toyota Corola que transportava três mulheres. Antônia Vasconcelos, Altair Barreto e Cíntia Cysneiros atravessaram o para-brisa e morreram na hora. Timponi estava embriagado.

Em 9 de julho, Marcelo Malvio de Lima, 36, engenheiro, dirigia seu Porsche a 150 quilômetros por hora na Rua Tabapuã, em São Paulo, quando chocou-se contra o Hyundai Tucson de Carolina Santos, 28. Ela morreu. Ele estava alcoolizado, disseram testemunhas.

No último sábado, 17 de setembro, Marcos Alexandre Martins, 33, auxiliar de bibliotecário, dirigia seu Golf a 100 quilômetros por hora na Marginal Pinheiros, também na capital paulista, quando atropelou e matou Miriam Baltresca, 58, e sua filha Bruna, 28, que estavam na calçada. O motorista também estava bêbado, informou um policial.

Timponi, Lima e Martins tiveram a intenção de matar? No entendimento de Luiz Fux, ministro do Supremo Tribunal Federal, não. Em 6 de setembro, Fux julgou um habeas corpus impetrado pela defesa de um motorista que, depois de provocar a morte de uma pessoa ao dirigir embriagado, foi enquadrado por homicídio doloso — quando há intenção de matar. A defesa queria que o crime fosse considerado culposo (quando não há tal intenção). Fux avaliou que motoristas bêbados só devem responder por crime doloso quando ingerem bebida alcóolica para “encorajar-se para cometer um delito qualquer”. Como não era o caso, a defesa saiu vitoriosa. A decisão, embora não sirva para embasar outros julgamentos, abre um precedente

“A decisão do ministro Fux é tecnicamente perfeita”, afirma o professor e jurista Luiz Flávio Gomes. “A discussão é totalmente técnica”. Segundo Gomes, quem bebe e acelera não assume o risco de matar. “Pela lei, só a bebedeira e a velocidade do veículo não caracterizam dolo eventual. É preciso haver mais detalhes”. Um dos detalhes, informa o jurista, acontece quando o motorista dirige perigosamente, em zigue e zague, ou ultrapassando semáforos vermelhos, por exemplo. Outro detalhe é quando o réu diz com todas as letras que quis dirigir e “se alguém morrer, morreu”. Sobre a morte de Miriam e Bruna Baltresca, Gomes afirma: “Martins cometeu uma tremenda imprudência, que deve ser punida, mas sem dolo eventual”.

Segundo o jurista e criminalista Damásio de Jesus, autor do livro *Crimes de trânsito*, embora a teoria do direito *Actio Libera In Causa* determine que “só a embriaguez não configura dolo eventual”, os motoristas que matam no trânsito costumam ter atitudes que evidenciam a intenção de matar. “O dolo é o famoso ‘dane-se’ do direito penal”, diz. “Esse ‘dane-se’ ocorre o tempo todo no trânsito. Os motoristas que bebem e dirigem em alta velocidade, cometem barbaridades ao volante. Isso basta para configurar o dolo”.

Damásio discorda da posição de Luiz Fux. “É absurda a hipótese levantada pelo ministro Fux, de que só é crime doloso se o sujeito bebe para tomar coragem para cometer o crime”, afirma. Sobre o atropelamento provocado por Marcos Martins, Damásio é categórico: “Martins deve ser processado por homicídio doloso. Cada caso é um caso, mas há situações que temos que levar para o terreno do dolo”.

Façamos um breve esboço do caso objeto do HC 107.801 do STF para, em seguida, debater a possibilidade de imputação a título doloso nos casos de embriaguez ao volante e morte no trânsito.

No caso concreto apreciado pelo Excelso Pretório, por ocasião do julgamento do HC nº. 107.801 foi réu Lucas Almeida Menossi. Esse HC nº 107.801 é importante porque traz à baila o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, podendo servir de parâmetro para todo o judiciário brasileiro.

Destarte, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do HC. nº. 107.801, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, impetrado pela defesa de Lucas Almeida Menossi, firmou, por maioria de votos, entendimento de que o fato de o condutor de veículo automotor que venha a causar a morte de terceiro estar embriagado não é suficiente à caracterização do dolo eventual, não podendo lhe ser imputada a prática de homicídio doloso.

Vejamos a ementa do acórdão.

PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influindo na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do habeas corpus.
2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual.
3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embbedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo.

4. In casu, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte.

5. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que “O anteprojeto Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O art. 31 e §§ 1º e 2º estabeleciam: 'A embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária. § 1º. Se a embriaguez foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo; § 2º. Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato”. (Guilherme Souza Nucci, Código Penal Comentado, 5. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2005, p. 243)

6. A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990.

7. A Lei nº 11.275/06 não se aplica ao caso em exame, porquanto não se revela lex mitior, mas, ao revés, previu causa de aumento de pena para o crime sub judice e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB).

8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP.

(HC 107801, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 11-10-2011 PUBLIC 13-10-2011 RJTJRS v. 47, n. 283, 2012, p. 29-44)³¹

No caso, o réu Lucas de Almeida Menossi foi pronunciado em 26 de novembro 2004, pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Guariba/SP por suposta prática de Homicídio qualificado (art. 121, §2º, inc. IV, c/c art. 18, inc. II, 2ª parte, do Código Penal). Menossi foi acusado de causar a morte de Eliete Alves de Oliveira porquanto, sob o efeito de álcool, conduzindo seu veículo em via pública, em alta velocidade, veio a atingir a vítima, atropelando-a.

³¹ Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+107801%2ENUM%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+107801%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/agdkeek>; acessado em 10.10.213.

Contra a sentença que pronunciou o réu, a defesa interpôs recurso em sentido estrito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, em 24/10/06, a 8ª Câmara Criminal deu parcial provimento ao recurso tão somente para corrigir a tipificação do delito, alterando-a para homicídio doloso qualificado na modalidade dolo eventual (art. 121, §2º, inc. IV, c/c o art. 18, inc. I, 2ª parte, do Código Penal).

O desembargador Salvador D'Andrea, relator, por ocasião de seu voto, entendeu que “com efeito, é bem verdade que não restou comprovado que o réu tinha a intenção de matar a vítima; porém, considerando que conduzia seu veículo embriagado e em velocidade incompatível com a localidade, entendo que não se importava com as possíveis consequências, o que, evidentemente, caracteriza dolo eventual”³².

Irresignada, a defesa interpôs, então, perante o Superior Tribunal de Justiça, o *Habeas Corpus* n. 94.916, de relatoria do Ministro Jorge Mussi. Em 17.11.2009, porém, a Quinta Turma denegou a ordem, nos termos da ementa a seguir colacionada.

HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EXAME DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. ANÁLISE APROFUNDADA DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade. É o mandamento do art. 408 e atual art. 413 do Código Processual Penal.

2. O exame da insurgência exposta na impetração, no que tange à desclassificação do delito, demanda aprofundado revolvimento do conjunto probatório - vedado na via estreita do mandamus -, já que para que seja reconhecida a culpa consciente ou o dolo eventual, faz-se necessária uma análise minuciosa da conduta do paciente.

3. Afirmar se agiu com dolo eventual ou culpa consciente é tarefa que deve ser analisada pela Corte Popular, juiz natural da causa, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto

³² In: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1076000&v1Captcha=rbeeu> (acessado no dia 10.10.2013)

fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal, o que impede a análise do elemento subjetivo de sua conduta por este Sodalício.

4. Na hipótese, tendo a decisão impugnada asseverado que há provas da ocorrência do delito e indícios da autoria assestada ao paciente e tendo a provisional trazido a descrição da conduta com a indicação da existência de crime doloso contra a vida, sem proceder à qualquer juízo de valor acerca da sua motivação, não se evidencia o alegado constrangimento ilegal suportado em decorrência da pronúncia a título de dolo eventual, que depende de profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente sopesadas pelo Juízo competente no âmbito do procedimento próprio, dotado de cognição exauriente.

5. Ordem denegada.

(HC 94916/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 10/05/2010)³³

A defesa interpôs, então, Embargos, igualmente rejeitados. No Supremo Tribunal Federal (STF), a questão ganhou contornos diversos quando o Ministro Luiz Fux, em voto-vista, entendeu por conceder a ordem no HC 107.801, sendo acompanhado pela maioria dos integrantes da 1ª Turma do Excelso Pretório. O argumento do ilustre Ministro Fux foi o de que “a embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo”³⁴. Com isso, o fato foi reclassificado para homicídio culposo de trânsito, nos termos do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

Por ocasião de seu voto no HC n. 107.801, o Ministro Luiz Fux lembrou a banalização da tipificação dolosa nos delitos de trânsito. Segundo ressaltou, a imputação a título de dolo no homicídio causado por condutor embriagado só seria possível se houvesse a comprovação da *actio libera in causa*, implicando a tese de que o condutor se embebedou para praticar o crime ou assumir o risco de praticá-lo. É dizer, a imputação a título de dolo nos casos de mortes ocasionados por condutores de veículo automotor sob o efeito de álcool ou outras substâncias entorpecentes de efeitos análogos, para o i. Ministro, só seria possível em se tratando de embriaguez preordenada.

Ademais, salientou Fux a diferença entre dolo eventual e culpa consciente. Segundo argumentou, em ambos há a representação do resultado lesivo pelo agente, mas no dolo eventual, além disso, há a adesão subjetiva a esse resultado.

³³ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702739604&pv=010000000000&tp=51>; (acessado em 10.10.2013).

³⁴ In: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1509910> (acessado em 10.10.2013)

O Ministro Marco Aurélio, acompanhando o voto do Ministro Luiz Fux, acrescentou ser inviável a imputação a título de dolo eventual nos casos de morte no trânsito causada por condutor embriagado também porque não se pode considerar que este se submeta ao risco, considerada a própria vida. Assim, concluiu que a única imputação possível nesses casos seria a de homicídio culposo na direção de veículo automotor, previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal é recente e não vinculante embora sirva, em última análise, de parâmetro para as instâncias inferiores. O problema tem ganhado contornos os mais diversos no âmbito dos Tribunais de Justiça estaduais, embora nos Tribunais Superiores tem-se firmado entendimento no sentido de ser impossível presumir a assunção do risco pelo motorista que, embriagado, causa a morte de outrem no trânsito e a consequente imputação a título de dolo eventual.

A questão que se coloca é saber se trata de mera presunção ou se realmente é possível a imputação a título doloso nos homicídios de trânsito causados por motoristas embriagados. Parte expressiva da doutrina tem se inclinado a negar a imputação a título de dolo eventual nesses casos, preferindo a atribuição da modalidade culposa e, tratando-se de delito de trânsito, a aplicação do princípio da especialidade com a consequente subsunção da conduta ao tipo previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro consistente no Homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Damásio de Jesus, em texto publicado em seu blog na internet, opinando sobre o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux no julgamento do HC n. 107.801 supramencionado, mostrou-se adepto à tese de que é sim possível a imputação a título doloso no caso de homicídio causado por condutor de veículo automotor que dirigia sob o efeito de álcool ou outras substâncias entorpecentes de efeitos análogos.

Para Damásio o dolo eventual, consoante preleciona o Código Penal, em seu art. 18, ocorre nos casos em que o sujeito prevê o resultado como possível e o aceita ou com ele consente. Assim, “a vontade, no dolo eventual, não se dirige ao resultado, mas sim à ação, como dirigir um veículo motorizado, prevendo que esta pode produzir aquele”.³⁵

³⁵ Damásio de Jesus – O STF e o homicídio causado por motorista embriagado; Disponível em blog.damasio.com.br/?p=1917; acessado em 10.09.2013.

Ora, nesse sentido, Damásio defende que para a conclusão pelo dolo eventual não é imperiosa a exteriorização do pensamento do autor quanto à aquiescência ou indiferença em relação ao resultado lesivo produzido. O importante é a análise da conduta objetiva, esta sim denotativa da existência ou não de dolo eventual no caso concreto.

Há, portanto, a representação do evento, isto é, o desfecho gravoso passa pela mente do autor, aliada a sua aquiescência ou indiferença quanto a sua produção. Essa aquiescência não precisa se manifestar por pensamentos, como “ainda que venha a matar alguém, prossigo”; quanto à indiferença, não se exige que o sujeito pense “dane-se o transeunte se eu o atropelar”. Como dizia ASÚA, o comportamento subjetivo deve ser apreciado pela conduta objetiva.³⁶

Para corroborar sua tese, Damásio aduz que, face ao amplo acesso aos meios de comunicação, mormente a televisão, é inaceitável que alguém desconheça os perigos relativos à direção de veículo automotor em estado de embriaguez. Assim, quando um sujeito voluntariamente ingere bebida alcoólica a ponto de ficar embriagado e, nesse estado, assume a direção de um veículo automotor, conduzindo-o incautamente por vias públicas, assume o risco de produzir um resultado lesivo a bem jurídico alheio.

Por fim, posiciona-se Damásio contra o argumento do Ministro Luiz Fux de que somente da embriaguez preordenada poderia advir a imputação a título de dolo pela aplicação da teoria da *actio libera in causa*. Para Damásio, “(...) a embriaguez preordenada, em regra é incompatível com o dolo eventual, harmonizando-se somente com o dolo direto, pois requer que o agente queira produzir o resultado.”³⁷ Então, por via de exclusão, no caso de embriaguez voluntária diferente da preordenada, afirma o autor, é perfeitamente possível a modalidade dolo eventual.

Luiz Flávio Gomes defende o posicionamento do STF exarado por ocasião do julgamento do HC n. 107.801. Consoante entende o eminente doutrinador, “a responsabilização dolosa pela morte em direção de veículo automotor, estando o condutor embriagado, pressupõe que a pessoa tenha se embriagado **com o intuito de praticar o crime**”³⁸(grifo no original).

Segundo Gomes, só há se falar em dolo eventual quando o sujeito representando o resultado, aceita esse e atua com indiferença frente ao bem jurídico. A embriaguez, por si só,

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

³⁸ Trânsito. Motorista embriagado. Culpa ou dolo eventual?; Disponível em atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/09/15/transito-motorista-embriagado-culpa-ou-dolo-eventual/ acessado em 10.09.2013. Grifo no original.

não significa automaticamente dolo eventual. O elemento subjetivo da conduta só pode ser aferido no caso concreto, afastando-se de plano qualquer presunção *in malam partem*, inadmissível em Direito Penal.

Para Gomes, as decisões imputando dolo eventual ao condutor que, embriagado, causa a morte de outrem no trânsito são, em grande medida, resultados de uma “demanda populista punitivista muito forte”.

O Brasil já é, agora, o terceiro país que mais mata no trânsito (cf. www.ipclfg.com.br). Passamos os EUA, com cerca de 40 mil mortes por ano. Há, portanto, também nessa área, uma demanda populista punitivista muito forte. Isso vem conduzindo muitas autoridades a aceitarem o dolo eventual em muitos acidentes. Ocorre que dolo eventual é uma categoria jurídica muito precisa. É de se lamentar que a pressão popular e midiática venha a interferir nessas questões puramente dogmáticas. É incrível como a realidade criminal vem se impondo sobre a Teoria Geral do Delito ou da Pena. Os alemães demoraram mais de 150 anos para construir um mundo de conceitos precisos (ou relativamente precisos) no âmbito penal. A mídia e a população emocionada muitas vezes tentam acabar com esses conceitos. Direito é direito, sociologia é sociologia. As decisões judiciais não podem ficar ao sabor do populismo penal. Tampouco se justifica a sanção penal uma imposta para os graves acidentes de trânsito (penas alternativas). Não sendo também o caso de se jogar esse condenado ao ‘cadeião’, só resta o meio termo: pena de prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. Mas isso depende de mudanças legislativas.³⁹

Opinando sobre o tema, Sérgio de Oliveira Netto⁴⁰ diz ser correta a imputação a título doloso – na modalidade dolo eventual - da conduta de quem, dirigindo sob o efeito de álcool causa a morte de outrem. Para o autor, por ter o código penal, em termos de embriaguez, adotado a teoria da *actio libera in causa*, o que se deve considerar para fins de responsabilização penal é o instante anterior ao que o agente se coloca em estado de embriaguez.

Assim, na ótica de Oliveira Netto, “aquele que, mesmo sabendo que irá conduzir um veículo automotor em via pública, faz uso de substância alcoólica está, irretorquivelmente, assumindo o risco de produzir um resultado antijurídico.”⁴¹ Vê-se que para o autor, a questão

³⁹ Idem.

⁴⁰ OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. Homicídios decorrentes de embriaguez ao volante de direção de veículo automotor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3564, 4 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24096>>. Acesso em: 14 out. 2013

⁴¹ Idem.

relativa ao assentimento do condutor se resolve em sua atitude de desprezo ante aos graves danos que sua conduta – dirigir embriagado – pode ocasionar.

Francisco Sannini Neto, por seu turno, entende que, em regra, o homicídio causado por condutor embriagado deve ser tipificado como homicídio culposo na direção de veículo automotor, previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro. Para o autor, não parece razoável “(...) que o motorista embriagado aceite produzir o resultado morte. Na maioria absoluta dos casos, este motorista age acreditando, sinceramente, que tem capacidade para conduzir o seu veículo sem provocar qualquer acidente e, de forma alguma, ele aceita ser o causador da morte de uma pessoa”⁴².

Ora, observa-se que a doutrina e a jurisprudência pátria, na questão relativa à embriaguez ao volante, socorre à teoria da *actio libera in causa*, resolvendo o problema da imputação doloso ou culposa não no momento do evento danoso, mas no momento da ingestão da bebida alcoólica. A diferença reside então que para uns, no momento da ingestão, sabendo que irá assumir a direção de veículo automotor, o motorista assume o risco, enquanto outros afirmam que, na ação livre na causa, há uma violação de dever de cuidado e até mesmo uma previsibilidade do resultado, mas nunca assentimento.

Zaffaroni e Pierangeli, criticando a teoria da *actio libera in causa*, consideram incorreta a imputação a título doloso nos casos de ilícitos derivados de embriaguez, inclusive nos casos de embriaguez para o cometimento de um delito.

Segundo ensinam os ilustres doutrinadores, a responsabilização daqueles que cometem um ato típico e antijurídico – injusto - em estado de embriaguez, derivava, no Código Penal de 1940, da aplicação do princípio do “*versari in re illicita*”, sendo caso de patente responsabilidade objetiva.

Conforme o princípio do *versari in re illicita*, o autor de um furto deveria ser responsabilizado pela morte do dono do negócio, ocorrida em consequência de uma parada cardíaca sofrida ao tomar conhecimento do fato delituoso em seu estabelecimento; o marido que abandona o lar deveria ser responsabilizado pelo suicídio da mulher; aquele que furta um extintor, pelo dano causado por um incêndio que sobrevém um abo depois; aquele que se apodera do combustível do veículo, pelo roubo de que é vítima o seu dono quando procura abastecimento. Deduz-se destes exemplos a flagrante violação ao *nullum crimen sine culpa*, isto é, que o *versari in re illicita* é a mais corrente manifestação da responsabilidade objetiva.

⁴² SANNINI NETO, Francisco. Embriaguez ao volante e morte no trânsito. Consultor Jurídico. 11 de mar. De 2012. Disponível em : <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-11/embriaguez-volante-morte-transito-crime-culposo-ou-doloso>>. Acesso em: 14 out. 2013.

Com o advento da teoria da *actio libera in causa*, no limiar do Código de 1984, a solução aos casos de embriaguez e de todos os outros em que o sujeito se coloca em estado de inimputabilidade e, nesse, comete um delito, antes obtida com a aplicação do *versari in re illicita*, passou a ter como premissa o momento em que o sujeito se colocou no estado de inimputabilidade.

Ocorre que, afirmam Zaffaroni e Pierangeli constituir a aplicação da teoria da *actio libera in causa* uma violação ao princípio da legalidade. Para tal teoria, a questão do dolo ou da culpa deve ser aferida não quando da prática do delito, mas no momento em que o sujeito se coloca no estado de incapacidade. Em suma, a conduta delituosa, embora não seja livre no ato, é livre na causa.

A teoria da *actio libera in causa* parece bastante convincente, porque funcionaria do seguinte modo: se um sujeito bebe para embriagar-se completamente e neste estado mata seu inimigo, aí haveria um homicídio doloso. Se o mesmo sujeito bebe para embriagar-se – ou de modo em que saiba que pode embriagar-se completamente – sabendo ou devendo saber que costuma ter reações agressivas neste estado, e comete um homicídio nesta situação, haveria um homicídio culposos. Por fim, se bebe tomando todas as precauções imagináveis para que nada aconteça e, não obstante, embriaga-se e comete um injusto, a conduta será atípica⁴³.

A aplicação da teoria da *actio libera in causa*, nos delitos culposos, para Zaffaroni e Pierangeli, seria despicienda, pois a tipicidade culposa, nesses casos, exsuriria da própria estrutura do tipo culposos. O sujeito que incautamente se embriaga sem saber os efeitos que o álcool tem sobre si viola um seu dever de cuidado. Se dessa conduta violadora de um dever de cuidado sobrevém uma lesão a bem jurídico alheio, ter-se-á, aí, um delito culposos sem que seja necessário se recorrer à teoria da ação livre na causa. O ato de beber descuidadamente é que, em si configura a conduta típica violadora de um dever de cuidado e, no momento da ingestão da bebida, o sujeito era culpável, pelo que sua ação seria reprovável. Assim, o âmbito de aplicação dessa teoria estaria reduzido aos crimes dolosos.

Consideram Zaffaroni e Pierangeli que, no âmbito doloso, especificamente nos casos em que o estado de inimputabilidade é atingido intencionalmente para a prática do delito, o ato de beber seria apenas “ato preparatório atípico, porque tentativa requer um começo de

⁴³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl – Manual de direito penal brasileiro, volume 1 : parte geral/Eugênio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. – 8 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2009

execução que deve exteriorizar-se (...)”⁴⁴. Faltaria, nos casos de embriaguez para a prática do injusto, a tipicidade objetiva da conduta.

Não havendo tipicidade objetiva (e neste caso, os causalistas devem afirmar apenas inexistir tipicidade), não se pode conceber o dolo, porque vontade deve ser a de realizar o tipo objetivo, mas, nesse momento, o que existe é só uma vontade de beber um desejo de, embriagado, realizar o tipo objetivo. Esse desejo nunca pode ser dolo, porque lhe falta toda tipicidade objetiva em que assentar-se⁴⁵.

Em suma, segundo Zaffaroni e Pierangeli, seria impossível extrair-se imputação dolosa nos casos de embriaguez para cometimento de crime, posto que, embora no momento da ingestão da bebida o sujeito queira, por exemplo, matar outrem, e bebe justamente para criar coragem de fazê-lo, no momento da prática da conduta, o ébrio já seria inimputável. O sujeito não poderia antecipar o que faria em estado de embriaguez e, fazendo, nesse estado, justamente o que queria fazer sóbrio, “isto não é mais do que um produto do acaso”⁴⁶.

A teoria da *actio libera in causa* violaria o princípio da legalidade, nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli, pois “(...) se quer elaborar um delito com um injusto de homicídio doloso e uma ‘culpabilidade’ de beber”⁴⁷.

Assim, por não haver culpabilidade sem tipicidade, não seria possível falar-se em dolo na conduta daquele que se embriaga para matar, mas tão somente homicídio culposo, pois que o ato de embriagar-se seria, em si, uma violação típica de um dever de cuidado.

Vê-se que para os autores, a conduta do motorista que, [completamente] embriagado, causa a morte de outrem no trânsito, sem necessidade de recurso à teoria da *actio libera in causa*, configuraria um homicídio culposo. O condutor viola seu dever de cuidado ao ingerir bebida alcoólica incautamente e embriagar-se – é imprudente. A lesão ao bem jurídico alheio, derivada desse comportamento só lhe poderia ser atribuída a título de culpa, na fórmula do art. 18, II do Código Penal, jamais de dolo. “Atente-se que, se não existisse o tipo culposo, a conduta ficaria atípica, de conformidade com o parágrafo único do art. 18”.

Entretanto, para os mesmo autores, “quem se lança numa competição automobilística de velocidade, numa cidade populosa, à custa da possibilidade de produção de um resultado

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem.

lesivo, age igualmente com dolo eventual de homicídio, lesões e danos”⁴⁸. Segundo afirmam, o dolo eventual é a ação daquele que diz a si “que aguento”, “que se incomode”, “se acontecer, azar”, “não me importo”. Não se trata de aceitação do resultado como tal, mas “*como possibilidade, como probabilidade*”⁴⁹.

O cerne do problema, ao que parece, reside na conceituação e aplicação do instituto dolo eventual.

Destarte, vimos que se tratando de embriaguez voluntária ou culposa, as quais, nos termos do art. 28, II do Código Penal, não excluem a imputabilidade, o mais comum é o recurso à teoria da *actio libera in causa* para responsabilizar o agente pela ocorrência de um resultado lesivo superveniente à ingestão da bebida, geralmente a título culposos. Apenas nos casos de embriaguez preordenada, quando o sujeito, intencionalmente, põe-se no estado de embriaguez no escopo de cometer um delito é que se tem admitido a imputação a título doloso – conclusão incoerente e inaceitável para Zaffaroni e Pierangeli, para quem a teoria da *actio libera in causa* rompe com o princípio da legalidade.

Ora, nesse ponto, é possível concluir que, a despeito do posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) a questão está longe de ser pacífica. Destarte, a praxe nas instâncias inferiores, mormente no primeiro grau de jurisdição é a pronúncia do réu que cometera um homicídio ao volante de um veículo automotor após a ingestão de bebida alcoólica que o levou à embriaguez. O argumento dos juízes é que o agente, nessas circunstâncias, assume o risco de produzir o resultado morte. Por seu turno, as instâncias superiores, em regra, têm entendido que o autor não assume o risco, mas age com culpa consciente, posto prevendo o resultado, acredita piamente que, por suas habilidades, não irá provocá-lo.

É preciso, então, não só definir e distinguir o dolo eventual da culpa consciente e, daí, extrair-se a correta imputação do agente. Mais que isso, urge saber se a generalização para um ou para outro lado é possível ou se a resposta à pergunta depende tão somente das circunstâncias do caso concreto e quais seriam precisamente os indicativos de dolo e de culpa em cada caso.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

CAPÍTULO 3.

3. É possível extrair a imputação a título de dolo eventual da conduta de quem, dirigindo sob o efeito do álcool, causa a morte de outrem?

Antes de chegar à questão da imputação propriamente dita, é preciso definir o que vem a ser a embriaguez, mormente a alcoólica.

O artigo 28, II do Código Penal brasileiro determina que a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos não exclui a imputabilidade do agente. Entretanto, o §1º do mesmo artigo diz ser isento de pena, logo inimputável, o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior era, quando da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. O §2º, por sua vez, estipula causa de diminuição de pena quando a embriaguez, embora fortuita, não seja completa.

Temos, então, o seguinte cenário: tratando de embriaguez completa, se involuntária ou fortuita, o agente é isento de pena, ou seja, é inimputável; se voluntária ou culposa, não há exclusão da imputabilidade e o agente responde pelo crime que vier a cometer, geralmente a título de culpa, havendo dolo apenas nos casos de embriaguez preordenada. Sendo a embriaguez incompleta, haverá diminuição de pena quando involuntária ou fortuita.

Embriaguez voluntária ou voluntária em sentido estrito é aquela em que o sujeito faz a ingestão de bebidas alcoólicas com o intuito de embriagar-se, é dizer, o sujeito quer embriagar-se. Culposa, por seu turno, é a embriaguez, também voluntária, em que o agente não ingere bebidas alcoólicas no escopo de embriagar-se, mas a embriaguez lhe sobrevém por deixar de observar seu dever de cuidado, ou seja, por ser imprudente no consumo da bebida. No magistério de Greco, “querendo ou não embriagar-se, mas sem a finalidade de praticar qualquer infração penal, se o agente vier a causar um resultado lesivo, este lhe poderá ser atribuído, geralmente a título de culpa”⁵⁰.

A embriaguez involuntária, que se completa, isenta de pena o agente, é aquela que deriva de caso fortuito ou de força maior. Consoante Greco, caso fortuito é “o evento atribuído a natureza e força maior aquele produzido pelo homem”⁵¹. Assim, no exemplo teratológico comumente citado pela doutrina daquele que cai num tonel de bebidas e vem a se

⁵⁰ GRECO, Rogério. Curso de direito penal – parte geral, p. 394.

⁵¹ Idem. Ibidem.

embriagar, o caso é de embriaguez advinda de caso fortuito. Já aquele que, amarrado, é obrigado a ingerir bebida alcoólica até embriagar-se estará diante de uma embriaguez fruto de força maior. Em ambos, o agente, sendo inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será isento de pena.

Ora, tecidas tais considerações, voltemos ao caso do condutor de veículo automotor que, voluntária ou culposamente embriagado, causa a morte de outrem em um acidente de trânsito. Teremos então duas possíveis situações.

a) Tratando-se de embriaguez incompleta, não há necessidade de recurso algum à teoria da *actio libera in causa*, tendo em vista que, nessa circunstância, no momento da causação do resultado lesivo [efeito], ou seja, da morte de outrem, o agente era, ainda que parcialmente, capaz de entender o caráter ilícito de seu ato e de portar-se de acordo com esse entendimento. Destarte, não há que se definir o elemento subjetivo da conduta – dolo ou culpa – no momento da ingestão da bebida [causa], mas, posteriormente, quando o sujeito assume a direção do automóvel e com isso vem a causar um resultado danoso [efeito].

O que se deve perquirir é se no momento em que toma a direção do veículo automotor, o agente, sabendo estar parcialmente embriagado e que nestas condições já não é apto a dirigir, posto a probabilidade de causar um acidente e ferir ou matar outrem, assume ou não essa probabilidade de provocar um resultado danoso a bem jurídico alheio.

Ora, estudiosos como Basileu Garcia Marques e Eugênio Raúl Zaffaroni, nos casos de “racha” ou “pega” em vias públicas admitem agir o condutor com dolo eventual, pois, segundo argumentam, não se importa com a possibilidade de vir a causar mortes ou lesões a outras pessoas⁵². Outrossim, ao que tudo indica, no caso da embriaguez voluntária incompleta somada a outros fatores como o excesso de velocidade, o agente não se importa com a possibilidade de produzir um resultado danoso a bens jurídicos tutelados pela norma penal: vida e integridade física alheias.

Para muitos, soa insólito pensar que o condutor colocaria a própria vida em risco ou que mesmo quisesse a morte de outrem, senão voltar para casa após a ingestão de uma quantidade de bebida alcoólica suficiente a prejudicar sua coordenação motora e seus reflexos, mas não embriagar completamente. Ora, também no caso do “racha”, o condutor coloca a própria vida em perigo e isso não afasta o dolo eventual. O problema aqui é outro. A

⁵² Nesse sentido: Basileu Garcia Marques; Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli.

questão, no dolo eventual, não é querer o agente o resultado, mas visualizar a probabilidade de causação de um dano e não importar-se com sua produção, aderindo àquela probabilidade, consoante as lições de Zaffaroni e Pierangeli.

Destarte, somos, no caso da embriaguez voluntária incompleta, partidários do argumento de Damásio (2012) de que, ante a quantidade de campanhas educativas que circulam nos meios de comunicação, alertando dos perigos de se misturar álcool e direção e, principalmente, da proibição de dirigir sob o efeito de álcool, o sujeito que o faz sabe da probabilidade de causar um resultado lesivo. Entretanto, entendemos que, para a configuração do dolo eventual, é preciso analisar as circunstâncias em que se deu o evento danoso. Somente na análise da conduta é que podemos extrair o elemento subjetivo desta. No caso da embriaguez ao volante, é a situação fática que nos dirá se o condutor agiu com dolo ou culpa, se assumiu ou não a probabilidade de produção de um resultado morte.

Ora, ao se dirigir a seu veículo após a ingestão de uma quantidade de bebida alcoólica suficiente a provocar tão somente a embriaguez incompleta, nele dar partida e, em seu trajeto, a despeito da precariedade de seus reflexos decorrente do consumo de álcool, violar o comportamento ordinário de um condutor, causar uma colisão e matar outrem, o sujeito denotou não se importar com a possibilidade de produzir o resultado, ou seja, assumiu o risco e, por isso, deve ser responsabilizado a título doloso, na modalidade dolo eventual.

A imputação aqui não retorna ao momento da ingestão da bebida alcoólica, não havendo necessidade de socorro à teoria da *actio libera in causa*, útil apenas nos casos de embriaguez voluntária ou culposa completa. No caso da embriaguez voluntária ou culposa incompleta, a aferição do *animus* do sujeito dá-se em momento posterior à ingestão da bebida alcoólica, quando o sujeito assume a direção de veículo automotor e, ciente de sua reduzida capacidade de conduzir, viola normas de trânsito, por exemplo, avançando ao sinal vermelho. É aí que se deve determinar o elemento subjetivo da conduta, porque aí já se iniciou a execução desta.

A conduta, nesse caso, é livre na causa e no efeito, pois há consciência da ilicitude, ainda que parcial. E é importante frisar que, aqui, só há se falar em dolo em sua modalidade eventual. É que nessa modalidade, o sujeito não dirige sua conduta diretamente à produção do resultado, mas, vislumbrando a possibilidade de ocorrência deste, adere a essa possibilidade, não necessariamente ao resultado. Assim é o caso do militar que pratica “roleta russa” para

testar a sorte de seus companheiros. Aquele que empunha o revólver carregado com uma munição apenas para a cabeça do outro, ao premer o gatilho, pode até desejar que não haja a morte do colega e isso não desnaturará ou dolo eventual. O fato é que o sujeito aderiu à probabilidade de ocorrência deste, e isso já é suficiente à imputação dolosa de sua conduta.

Muitos diriam que o caso do motorista não completamente embriagado seria de culpa consciente. Ocorre que nesta, o sujeito prevê, como no dolo eventual, a probabilidade de ocorrência do resultado, mas, diferentemente, não adere a essa probabilidade, pelo contrário, acredita sinceramente que o resultado lesivo não sobrevirá. Ora, o condutor que, embriagado, sabendo do efeito deletério do álcool sobre sua capacidade de conduzir um veículo, assume a direção deste e, no trajeto, infringe as regras do trânsito, não acredita sinceramente que o resultado não sobrevirá, pois sabe da alta probabilidade de ele ocorrer, mas não se importa com tal probabilidade, tendo em vista que, podendo proceder de outra forma, escolheu seguir com sua ação: dirigir sob o efeito de álcool e violar as normas de conduta no trânsito.

Há se ressaltar que, para imputação dolosa, nesses casos, é preciso averiguar se, sob o efeito de álcool, o sujeito agiu em desacordo com o comportamento ordinário de um condutor. É necessário, portanto, verificar se, por exemplo, o sujeito avançou o sinal vermelho, excedeu demasiadamente os limites de velocidade, participou de uma disputa automobilística vedada (“racha”), trafegou na contramão, subiu à calçada e por aí em diante. Nesses casos, o sujeito sabe do prejuízo de suas faculdades psicomotoras ocasionado pelo álcool. Ao imprimir uma velocidade excessiva em seu veículo, não obstante sua embriaguez, demonstra nada se importar com a probabilidade de ocorrência do resultado danoso. Daí se falar em dolo eventual.

Tratando-se, contudo, de acidente em que o condutor embriagado não transgrediu normas de trânsito de modo grave, não há se falar em dolo eventual, mas culpa consciente. Destarte, o motorista que, não completamente embriagado, conduz seu veículo com cautela e, ainda assim, causa um resultado danoso, age com culpa consciente. Isso porque, o sujeito, quando da assunção da direção do veículo após a ingestão de bebida alcoólica violou um seu dever de cuidado, mas, por dirigir em velocidade compatível com a da via, por exemplo, demonstrou não aderir à probabilidade de ocorrência de um resultado danoso e acreditar, sinceramente, que ele não sobreviria. A conduta de assumir a direção de um veículo sob o efeito de álcool é uma conduta imprudente, portanto violadora de um dever de cuidado. Desta conduta se extrai a imputação a título de culpa.

Vê-se, portanto, que a imputação a título de dolo eventual exige a prova de que o sujeito aderiu à probabilidade de causar um resultado danoso. Essa prova, no caso da embriaguez ao volante, é feita por meio do exame da postura do condutor no trânsito ante a ciência da embriaguez incompleta. A condução perigosa e irresponsável de seu veículo nesses casos, ou seja, a violação grave de um dever de cuidado é, em última análise, a exteriorização da adesão ao resultado danoso.

Ademais, tratando-se de embriaguez incompleta, não há se falar em inimputabilidade. Nesses casos, o sujeito tem potencial consciência da ilicitude. Sendo essa consciência parcial, poder-se-ia cogitar da aplicação analógica do Parágrafo Único do art. 26 do Código Penal que prevê redução da pena, de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Diverso é o caso do motorista que causa a morte de outrem em estado de embriaguez voluntária completa.

b) No caso de embriaguez voluntária ou culposa completa, o Código Penal adotou a teoria da *actio libera in causa*. Tal artifício, que recebeu duras críticas de parte da doutrina, por configurar inaceitável caso de responsabilidade objetiva, se faz necessário porque, no momento do fato, o agente não tem capacidade de entender o caráter ilícito e de portar-se de acordo com esse entendimento. Em tese, o sujeito seria inimputável. Não o é porque o Código Penal previu, no art. 28, II, que não exclui a imputabilidade a embriaguez voluntária ou culposa, ainda que completa. Tal previsão leva em conta a causa, ou seja, o ato de ingerir bebida alcoólica.

Ora, como dizer que agiu com dolo o sujeito que, completamente embriagado, assume a direção de seu automóvel e vem a causar a morte de outrem, se esse mesmo sujeito não era, ao tempo da ação, capaz de manifestar validamente sua vontade? A teoria da *actio libera in causa*, atenta a esse fato, buscou retroceder o momento da aferição do *animus* àquele em que ainda era o sujeito capaz de manifestar livremente sua vontade, ou seja, o da ingestão da bebida alcoólica. Aí dizer ser a ação livre na causa.

O problema é que, ao embebedar-se, salvo nos casos de embriaguez preordenada, o sujeito não demonstra assumir a probabilidade de produção de um resultado danoso. Ao beber voluntaria ou culposamente e atingir o estado de completa ebriedade, o agente viola um dever

de cuidado. Se daí advier um resultado lesivo, este só poderá lhe ser atribuído a título de culpa, jamais dolo.

Como ensina Damásio, o dolo deve ser extraído da conduta objetiva. Essa, entretanto, deve ser livre. É dizer, no momento de externar sua vontade, o sujeito deve gozar de capacidade de entendimento e de portar-se de acordo com esse. Aquele que ingere bebida alcoólica e alcança o estado de completa ebriez de forma voluntária – não preordenada, viola um dever de cuidado, logo age com culpa. O dolo só seria indagável por ocasião do fato: a batida, o atropelamento, etc. Ocorre que, nesse instante, estando completamente embriagado, não há manifestação válida de vontade, logo, jamais poderia o sujeito desejar ou mesmo assumir o risco de produzir um resultado danoso. Entretanto, tendo violado um seu dever de cuidado na ingestão imprudente da bebida alcoólica e, decorrência disso, lesionado um bem jurídico tutelado pela norma, irá responder, culposamente.

CONCLUSÃO

Viu-se que o problema relativo à embriaguez ao volante e morte no trânsito tem como cerne a imputação. Saber se a imputação da conduta daquele que, dirigindo sob o efeito de álcool vem a causar a morte de outrem no trânsito dar-se-á a título de dolo ou culpa é tarefa complicada, tendo em vista as discussões quanto ao momento e circunstâncias de aferição dos elementos subjetivos dolo e culpa.

Ora, a jurisprudência pátria, salvo raras exceções, tem preferido a imputação a título de culpa nos casos de mortes causadas por condutores embriagados. O Supremo Tribunal Federal firmou recente entendimento no sentido de ser impossível a imputação da modalidade dolosa à conduta daquele que, embriagado, vem a colidir seu veículo e causar a morte de outrem no trânsito, admitindo apenas a imputação culposa, na espécie culpa consciente.

A doutrina diverge. Há quem defenda a imputação a título de dolo, na modalidade dolo eventual, àquele que causa a morte de outrem no trânsito por conduzir seu automóvel sob o efeito do álcool ou outras substâncias entorpecentes de efeitos análogos. Outros doutrinadores e estudiosos do direito, no entanto, negam a possibilidade de imputação dolosa nesses casos, admitindo tão somente a atribuição da modalidade culposa, afirmando agir com culpa consciente o condutor embriagado que se envolve em acidente de trânsito do qual resulta a morte de alguém.

Ora, conforme se buscou demonstrar nas linhas pretéritas, qualquer generalização para um ou para outro lado é arriscada. O Direito Penal não opera firme em meras conjecturas, mas exige um amplo grau de certeza para a imputação de um crime a alguém. Simples probabilidades, em matéria penal, são rechaçadas e fortemente combatidas por princípios como o do *in dubio pro reo* e o da presunção de inocência. Dito isto, resta evidente que apenas na análise das circunstâncias do caso concreto é que se pode chegar a qualquer conclusão acerca da imputação delituosa. Generalizações e conjecturas, no âmbito penal, tem importância pedagógica, na conceituação dos institutos e na formação de conceitos e teses, mas jamais podem preponderar a ponto de formar sólido e inarredável entendimento jurisprudencial num ou noutro sentido.

Nesse diapasão, a imputação da conduta daquele que, dirigindo sob o efeito de álcool, causa a morte de outrem, consoante se defendeu, é dependente da análise das peculiaridades do caso concreto somada à aplicação de todo o arcabouço teórico consolidado ao longo de séculos de árduo estudo e desenvolvimento de princípios, conceitos e teorias em matéria

penal. Como dito, a correta identificação da embriaguez e sua conceituação em modalidades conforme grau e causa são elementos indispensáveis à tipificação da conduta do motorista que, embriagado, mata outrem. Somado a isso, o pormenorizado exame das circunstâncias do caso concreto, ou seja, da conduta em si do motorista alcoolizado, figuraria condição *sine qua non* à conclusão por dolo ou culpa.

Importante ponto foi o destaque ao papel ímpar dos princípios da moderna Teoria da Imputação Objetiva à resolução dos problemas de imputação, mormente aqueles advindos das limitações inerentes à Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais. Tratando-se de embriaguez ao volante, a imputação ao tipo objetivo, nos casos de embriaguez voluntária ou culposa, completa ou incompleta, dar-se-ia, para Roxin, devido ao incremento, pelo condutor alcoolizado, do risco de ocorrência de um resultado danoso. É dizer, a condução de veículos automotores seria, em si, uma atividade arriscada, posto a alta probabilidade de ocorrência de acidentes de trânsito. O motorista que ingere bebida alcoólica e dirige, além de violar uma norma de cuidado, posto a proibição de dirigir sob o efeito do álcool, incrementa o risco de ocorrência de acidente de trânsito.

Ora, foi defendido que a imputação dolosa da conduta daquele que, embriagado e na condução de veículo automotor causa a morte de outrem, somente se daria nos casos de embriaguez voluntária ou culposa incompleta somada à violação grave de um dever de cuidado no trânsito. O que se tem nessa violação grave das normas de trânsito é o incremento de um risco proibido criado quando da ingestão da bebida alcoólica e assunção da direção do veículo automotor. Esse incremento do risco proibido criado seria denotativo da aquiescência à probabilidade de ocorrência de um resultado danoso pelo conduto, perfectibilizando a caracterização do dolo eventual.

Destarte, a falta de uniformidade nas decisões judiciais a respeito do tema tem trazido à baila importantes discussões acerca da imputação do homicídio provocado por condutor embriagado. O recente posicionamento do STF está longe de pôr termo às dúvidas e inquietações que a questão suscita. Ao que parece, a decisão do Excelso Pretório, proferida por ocasião do HC nº 107.801, gerou ainda mais questionamentos e discussões acerca da temática.

O fato é que não há espaço para generalizações e afirmações categóricas quando o assunto é direito penal. Afirmar que o condutor embriagado que causa a morte de outrem

nunca poderá responder a título doloso é tão falacioso quanto dizer que imputação dolosa é a regra. O problema só seria resolvido na minuciosa análise do caso concreto. A resposta à intrincada questão da imputação do homicídio provocado por condutor embriagado dependeria mais da qualidade do trabalho da perícia criminal que das concepções doutrinárias do julgador.

Referências

JESUS, Damásio Evangelista de. **Imputação Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BACILA, Carlos Roberto. **Teoria da Imputação Objetiva no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 26. Ed., São Paulo: Atlas, Vol. 1: parte geral, art. 1º ao 120 do CP, 2010.

JAKOBS, Gunther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Impetus, 14ª ed., Rio de Janeiro, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, Henrique José – **Manual de direito penal brasileiro**. 8 ed. Rev. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 1: parte geral, 2009.

GOMES, Luis Flávio. Morte no trânsito, populismo penal e fundamentalismo punitivo.

Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/09/25/mortes-no-transito-populismo-penal-e-fundamentalismo-punitivo/> Acesso em 08 de outubro de 2013.

<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/para-ministro-do-stf-embriaguez-nao-agrava-crime-no-transito> Acesso no dia 08 de outubro de 2013.

JESUS, Damásio Evangelista de. O STF e o homicídio causado por motorista embriagado.

Disponível em: <http://blog.damasio.com.br/?p=1917>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

GOMES, Luis Flávio. Trânsito. Motorista embriagado. Culpa ou dolo eventual? Disponível

em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/09/15/transito-motorista-embriagado-culpa-ou-dolo-eventual/> . Acessado em 10 de setembro de 2013.

GOMES, Luis Flávio. Mortes no trânsito: **Veja “chocou”, mas errou nos números**.

Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lab/artigos-do-prof-lfg/mortes-no-transito-veja-chocou-mas-errou-nos-numeros/> Acessado em 10 de setembro de 2013.

<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,juristas-querem-mais-rigor-no-codigo-penal-para-motorista-que-bebe-e-mata,786732,0.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

<http://jus.com.br/artigos/23754/embriaguez-ao-volante-nao-basta-o-perigo-presumido>. Acesso em 14 de outubro de 2013.

<http://jus.com.br/assunto/embriaguez-ao-volante/revista>. Acesso em 14 de outubro de 2013.

NETO, Francisco Sannini. Embriaguez ao volante e morte no trânsito. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-11/embriaguez-volante-morte-transito-crime-culposo-ou-doloso>. Acessado em 14 de outubro de 2013.

GOMES, Luis Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. O que se entende por “actio libera in causa”. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/09/19/o-que-se-entende-por-%E2%80%9Cactio-libera-in-causa%E2%80%9D/>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

WUNDERLICH, Alexandre. O dolo eventual nos homicídios de trânsito. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/1732/o-dolo-eventual-nos-homicidios-de-transito/2>. Acesso em 23 de setembro de 2013.

<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702739604&pv=010000000000&tp=51>. Acessado em 10 de outubro 2013.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1509910>. Acessado em 10 de outubro de 2013.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>. Acessado em 10 de outubro de 2013

<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia> Acesso em 14 de outubro de 2013.

<http://www.tjsp.jus.br/EGov/Processos/Consulta/Default.aspx> Acesso em 14 de outubro de 2013.

<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/9425/162/alcool-esta-relacionado-a-21-dos-acidentes-no-transito.html> Acesso em 30 de novembro de 2013.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal**: comentado. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. 2. ed. Madrid: Reus, 1927.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal: parte especial**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.